

活動報告2

第4回白鷗大学学生法律討論会

白鷗大学法学部准教授

白石 智 則

1. はじめに

白鷗大学法学部は、白鷗大学法政策研究所の後援を受け、「第4回白鷗大学学生法律討論会」を開催した。以下、この討論会の概要を述べるとともに、問題文および各出場団体の立論原稿の全文を掲載する。

2. 討論会の概要

本討論会は、平成21年7月8日14時50分から、東キャンパス白鷗ホールにて開催された。出題および審査は、第1回および第3回と同じく東洋大学准教授の太矢一彦先生にお願いし、司会は本学の白石が務めた。問題は民法に関するものであり、討論会開催日の3週間前に公表した。

ルールは次のとおりである。団体ごとに代表者1名が10分以内でその問題についての立論を行い、その後、立論内容についての質疑応答が行われる。質疑応答の時間は1団体につき10分であり、質問者の1回あたりの質問時間は応答時間を含めて最長3分である。他の出場者のみならず会場の見学者も質問をすることができるが、審査員や教職員は質問を

することができない。各出場団体につき、立論内容と質問に対する応答の仕方について審査員が採点を行い、上位3団体を表彰する(立論賞)。各出場団体に対して行われた質問についても審査員が別途採点を行い、得点の高い3つの質問についてその質問者個人(出場者か否かを問わない)を表彰する(質問賞)。

3. 出場団体

①近藤ゼミ

小川大輔・川田耕平・根本亜紀子
・藤井陽子

②矢田ゼミ

秋山紘一・大美賀優衣・土井悠也・原辰也
・平沢卓也

③メガネの会

稲田裕全・黒澤正大・山澤達也・和田寛友
・渡邊貴也

④S Q U A R E

沼尾夏美・橋本有未・藤田浩美

⑤白法会

旭晃・神田拓也・鈴木玄洋・樋口貴弘
・平田りさ

(立論順)

4. 審査結果

【立論賞】

- 第1位 近藤ゼミ
- 第2位 白法会
- 第3位 S Q U A R E

【質問賞】

- 第1位 藤井陽子（近藤ゼミ）
- 第2位 土井悠也（矢田ゼミ）
- 第3位 平田りさ（白法会）

5. 問題文

X（某市町村）は、もともと農地であった土地をAから代金300万円で買うわけ、代金を完済した上で、その一部を公園として整備し、市民の憩いの場として開放していた。しかし、登記手続において手違いが生じた結果、公園として利用している土地（以下、本件土地とする）について、X所有名義の登記が経由されないままとなっていた。

それから数年が経った後、Aは自己の財産整理をしている際に、登記簿上A名義となっているが、所在の分からない土地があり、その土地の固定資産税を何年にもわたって納付していることを知った。そこで、その土地の処分について苦慮していたところ、たまたまBがその話を聞きつけ、Bはその土地の所在を確認し、現地が公園として使用されていることを知ったうえで、本件土地を譲って欲しい旨をAに告げた。AはBから聞いたその土地の状況等から、当初その土地についての所有権を確実に移転できる確信がもてなかった為、本件土地を売却するのをためらったが、Bがあまりにしつこく交渉をしてくるから、「万一本件土地についての所有権をBが取得できない場合にもBはAに対して代金の返還請求をしない」との念書を取った上で、これまで払ってきた固定資産税の金額なども

考慮し、Bに400万円で売却し、登記も移転した。

その後Bは、本件土地を、これらの事情を全く知らないマンション等の施工・販売を行っているY会社に対し、代金5000万円（宅地としてみた場合、当時の本件土地価格としては妥当なものであったとする）で売却した。

YはBから所有権移転登記を経由した上で、本件土地利用のために、公園の入り口等にバリケードを設置し、公園を他の者が利用できないようにした。

これに対してXは、Yに対して所有権に基づき真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転手続および本件土地上に設置されたバリケードの撤去を求める訴訟を提起した。

以上のような事案において、上記、XのYに対する請求が認められるかについて論じなさい。

※ここでは施設管理権限については触れず、民法上の権利関係についてのみ論じること。

6. 立論原稿

第1論者 近藤ゼミ

私たちは、真の所有者はYであり、Xの、真正な登記名義回復を原因とする所有権移転手続請求、および、所有権に基づく妨害排除請求は認められないと考えます。

まず、AX間での法律関係についてみてみます。Xは所有権を取得できるのでしょうか。民法176条により、日本は意思表示のみで所有権が移転する意思主義を採用していることが読み取れます。しかし、177条では、「不動産においては登記を備えなければ第三者に対抗できない」という対抗要件主義が定められ、176条を修正しています。この対抗要件主義のもとにおける二重譲渡の可能性はどのように説明されるのでしょうか。

意思主義により、第一譲受人へも第二譲受人へも所有権は移転するが、その所有権は売主にしか主張できず、登記を備えることで第三者に対抗できると考えられます。また、判例・通説も同様の解釈を採用しています。この考え方によれば、本件において、「XへもBへも所有権は移転するが、登記を備えなければどちらも不完全なもので、お互い所有権を主張できない」と説明されます。よって、本件では、XへもBへも所有権が移転しているといえます。

では、177条がいう「第三者」とはどのような者を指すのでしょうか。判例によれば、「登記の欠缺を主張するについての正当な利害関係を有する者」が第三者に当たるとしています。正当な利害関係とは、「不動産の有効な取引関係に入った者」や「不動産につき物的支配を争う関係にある者」を指します。本件において、BとYはXにとっての第三者となるのでしょうか。まず、第二譲受人であるBはAから所有権を取得し、第一譲受人であるXと「食うか食われるかの関係」にある物的支配を争う者であるから、177条の客観的要件を満たし、第三者に当たります。そのBから所有権を取得したYも、Bと同様にXと対抗関係にあり、第三者にあたります。

さらに177条を見てみると、第三者について善意という要件は設定されていません。では、第三者はどのような要件を満たしているべきなのでしょう。第三者の範囲として、主に3つの範囲が考えられます。「善意・悪意を問わない」もの、「悪意者を含まない」もの、「背信的悪意者を含まない」ものなどが考えられます。これらの範囲の妥当性をみてみましょう。

第1に、「善意・悪意を問わない」とすると、自由競争が重視され、客観的な第三者の要件を満たしてさえいれば、無制限に第三者と認められることになってしまいます。

第2に「悪意者を含まない」とすると、善意・

悪意という客観的に判断できない主観的事情が所有権移転に考慮され、取引のたびに確認が必要になるだけではなく、裁判においても、主観的な事情を争うことになってしまうため、取引の安全を損なわれてしまいます。

第3に「背信的悪意者を排除する」とすると、自由競争における当然のルールである信義則に反したような悪意者は客観的要件をみたしていても、177条の第三者には該当しないとする考え方です。

背信的悪意者のみを第三者から排除する第3の考え方によれば、取引の安全も確保されるため、私たちは背信的悪意者のみを排除する背信的悪意者排除説が適当であると考えます。

背信的な悪意者とは、具体的にどのような人物を指すのでしょうか。背信的悪意者の認定に関しては明確な基準があるわけではなく、見解の分かれるところです。背信的悪意者と単なる悪意者の境は微妙なもので、学説によって、背信的悪意者は拡大されて運用されているのが現実です。

私たちは、背信的悪意者の認定に関し、背信的であるかどうかに重点をおいて判断をしたところ、Bを背信的悪意者であると考えます。その理由は、①BはAが税金を多く払っている事実を耳にし、真実の権利関係と登記が異なっていると認識している可能性が高いこと、②Bは本件土地はXが管理している公園で、市民の憩いの場となっていることを認識した上で、Aに売買契約をしつこく持ちかけていること、③400万円で購入し、5000万円で売却していることから、公園としての土地の評価額と、宅地としての評価額の差を知っていて利用していることであります。これらの事情を総合的に考慮すると、BはXに登記がないことを奇貨として、Aに売買契約を持ちかけている背信的悪意者であると認定できます。

よって、Bは177条の第三者にはあたらず、

BはXに対し登記の欠缺を主張できないこととなります。

では、Bから本件土地を買い受けた転得者のYは177条の第三者にあたるのでしょうか、それとも背信的悪意者として排除されるのでしょうか。本件において、Yは、契約段階において、問題の土地がどのように利用されているかなど厳密な調査をなしていないことから過失があるようにみえますが、当該公園に関する権利関係の事情を全く知りません。また、Yは、Bが登記を備えており外観上所有者であることを信頼し、宅地としての正当な値段で取引をしていることから、善意者であると考えられます。私たちは、177条の第三者の範囲に関して背信的悪意者排除説を採用していることから、Yに過失があったとしても、背信的な悪意者でない限り、第三者にあたると判断できます。

よって、YはXとの関係において、Xの登記の欠缺を主張できる177条の第三者に該当すると考えられます。

以上のように、Bは背信的悪意者でYは善意の第三者であることがわかりました。では、このようなYは保護されるべきでしょうか。

一連の契約の流れにおいて、背信的悪意者が登場した後の転得者の所有権取得に関して「絶対的に構成する説」と「相対的に構成する説」のどちらの考え方を支持するかによって結論が異なってきます。

まず、絶対的に構成する説では、一度背信的悪意者が現れると、その後の転得者も所有権を取得できないとされます。この立場を採用した場合、本件のYのように、登記という外観を信じて取引をした転得者も所有権を取得できなくなります。よって、Yは94条2項類推適用により、Xに帰責事由があれば、無権利者であるYの所有権の取得が認められ、保護されることになります。

続いて、相対的に構成する説では、背信的

悪意者登場後の転得者の所有権は否定されず、対抗関係にある各当事者を相対的に判断して、真の所有者を決するものとされます。177条での背信的悪意者と取扱の議論での説明したように、背信的悪意者Bは、対抗関係にあるXに対して相手の登記欠缺を主張できないだけであり、Y自身が背信的悪意者でない限り、対抗関係にあるXに所有権を主張可能です。

絶対的構成と相対的構成をくらべると、背信的悪意者からの転得者が無権利者になってしまう絶対的構成の考え方よりも、相対的構成によって動的安全を確保しつつ、各当事者の権利関係を相対的に判断する考え方が、より望ましいと考えられます。

よって、私たちは相対的構成の考え方を採用し、Xと対抗関係にあって、登記を具備した善意のYが真の権利者であると判断しました。

ところで、Yが真の権利者として認められた場合に不利益は生じないのでしょうか。

Yが真の権利者となることで、公園という市民の財産が失われ、公園を取り壊すための費用も市民の税金があてられてしまいますが、Xは登記を放置するなどの重過失が認められるため、保護されるのは適当ではありません。

よって、登記を具備した善意のYは、真の所有者となるという結論が妥当であると考えます。

したがって、Xの、真正な登記名義回復を原因とする所有権移転手続請求、および、所有権に基づく妨害排除請求は認められません。

第2論者 矢田ゼミ

Xによる本件土地上の所有権移転手続およびバリケードの撤去は認められないと考える。

本件において主たる争点は、単なる悪意者に加えて信義則にも反している者、つまり背信的悪意者から譲り受けた転得者は、民法177条にいう第三者にあたるかということである。本件でいえば、背信的悪意者であるBから譲り受けた転得者Yが第三者にあたるかということになる。

次に、争点を踏まえて、Xの請求が認められない理由を述べる。

まず、Xの1つめの請求である所有権移転が認められない理由として、3つの点を検討する必要がある。

第1に、AおよびBが無権利者か否かという点について述べる。もし、Bが無権利者であれば、登記に公信力がない日本の民法のもとでは、Yは所有権を取得できない。また、BもAが無権利者であれば同様である。民法176条では、物権の設定および移転は当事者の意思表示のみでその効力を生ずるとしているのに対し、177条では、登記をしなければ第三者に対抗できないとしている。

ここで、176条と177条で矛盾しているように見えるために問題となる。もし176条のように、意思表示で完全に物権が移転するとしたら、AがXに本件を売り渡した時点で、AからXに所有権が移り、Aは無権利者になってしまう。そう考えると、無権利者であるAから譲り受けたB、Bから譲り受けたYは、ともに所有権を取得できなくなる。意思表示のように外観から認識することができないものを対抗要件とするのは妥当ではなく、意思表示のみで完全に物権が移転すると考えると、登記制度がまったく意味のないものになってしまう。そこで、所有権は意思表示のみで移転するが、登記を得ないうちは物権変動が不完全であり、登記を得て初めて完全に物権が移転すると構成するのが妥当であると考えている。つまり、176条は当事者間の関係を規定しているのに対し、177条は、第三者関係を規定しているものと考えている。このよ

うに考えると、Xはまだ登記をしていないので、Aは完全な無権利者とはならず、Bも無権利者からの転得者とはならない。しかし、本件でBは背信的悪意者であるため、Xは登記がなくても所有権を主張できてしまう。その理由は、Bが背信的悪意者であるために、Xに登記がないことを主張する正当な利益がないからである。

このようにみると、Bは無権利者のように見える。しかし、Bは、Xに権利を主張することが信義則上許されないだけであって、A・B間の売買契約を無効とするものではない。Bが権利を主張できないということと、契約が有効か無効かということは別問題であるといえる。

以上のことから、AおよびBは無権利者とはならないと考える。

第2に、YはBから背信的悪意を承継するかという問題について述べる。もしYがBの背信的悪意を承継してしまうと、YもBと同様に、Xに登記なしで対抗されてしまう。

ここで、Yからさらに転得者がいた場合を考える。Yが背信的悪意を承継してしまうと、Yからの転得者全員が背信的悪意を承継することになる。こうなってしまうと、1人の背信的悪意者からの転得者全員が背信的悪意者となり、Xに転得者はだれも対抗できなくなり、取引の安全が著しく害されてしまい、妥当ではない。そもそも、背信的悪意の要件の1つである信義則に反するかは、性質上相対的に判断し考えるべきである。つまり、Bが背信的悪意者であるからといって、Yもそうであるということはない。Yからの転得者がいたとしても、それら転得者が絶対に背信的悪意であるとは限らない。Y自身がXに対してどうなのか、Yからの転得者がいた場合にはその転得者自身がXに対してどうなのかというように、Xに対して信義則に反するかはそれぞれ個別に判断すべきであると考えている。

第3に、Bからの転得者Yは民法177条の第三者にあたるかについて述べる。そもそも、民法177条の趣旨は、自由競争の関係にある者の間で優劣を決することである。そうであるとすれば、正当な自由競争の枠を超えた背信的悪意者は、民法177条の第三者から除外されるべきである。つまり、ここでいう第三者とは、善意者が単純悪意者となる。そして、前述のとおり、YはBからの背信的悪意を承継せず、Yが民法177条の第三者から除外されるには、Y自身がXに対して背信的悪意者でなければならない。しかし、本件においては、問題文に何も知らないということが書いてあることから、Yは背信的悪意者とは認められず、第三者に該当するといえる。よって、原則どおり、登記の有無で物権の帰属の優劣を決することになる。そして、本件で、登記はYにあり、Yは本件土地の所有者といえ、Xの所有権移転手続は認められないと考える。

次に、Xのもう1つの請求である、本件土地上に設置されたバリケードの撤去について検討する。ここでは、Xがバリケードの撤去を請求するにあたって、2つの根拠があると考えられる。

まず、物権的請求権という返還請求権を行使することである。Xからすると、Yがバリケードを設置したことによって、占有を全面的に排除されているといえる。しかし、返還請求権は所有権を根拠に認められる権利である。前述のとおり、Xに所有権は認められない。よって、Xが返還請求権を行使することはできない。

次に、Xが公園として開放していたことを占有として、占有訴権を行使することである。占有権の成立は民法180条で規定されており、成立要件として、「自己のためにする意思」と「所持」の2つを定めている。本件の場合、Xは市町村であり、公園として開放していることは所持とはいえるが、自己のた

めにする意思があるかどうかが問題である。本来、市町村は、その地域に住む人々がよりよい生活を送れるよう、さまざまなサービスを行う行政機関である。そうであるとすれば、市民のために公園を開放していたのは、市町村の目的からみれば、それを自己のためにする意思と解釈することができる。よって、本件においてXに占有権を認めることができ、占有回収の訴えができるといえる。しかし、本件においては、Yに所有権があり、そこにXが占有回収の訴えを提起して対抗されてしまうとすると、Yに所有権を認めた意味がなくなる。それに、Xは登記手続の手違いにより数年完全な登記をせずにいたという過失があり、逆にYは事情を全く知らないため、本件においてはYを保護する必要性が高いといえる。よって、Xの占有回収の訴えをもっても、バリケードの撤去はできないということになる。

以上により、Xの所有権移転手続およびバリケードの撤去は認められないと考える。

第3論者 メガネの会

XのYに対する請求は認められない。

XのYに対する請求が認められるか否かは、第1に、AB間で有効な不動産売買契約が成立しているか、第2に、Xは登記なくしてもYに対して所有権取得を対抗できるのか、第3に、Yの行為態様が客観的に正当な取引行為としての保護に値するか（背信的悪意者と判断できるか）を検討する必要がある。またここでは、本文に基づき、施設管理権限については触れず、民法上の権利関係についてのみに論じるものとする。

最初に、AB間で有効な不動産売買契約が成立しているか否かについて検討する。

YがBから本件土地の所有権を有効に取得しているかを検討するにあたり、まずBが本件土地の権利を有効に取得しているかを考え

る必要がある。

判例によれば、所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、さらに丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとえ丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得を持って乙に対抗することができる。丙が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるというにとどまり、甲丙間の売買自体の無効をきたすものではない。したがって、丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのである。

これを本件について見ると、本件土地を取得したBは、本件土地の二重譲受人になるが、Bは本件土地が既にXに売り渡され、事実上公共の土地となり、長年一般市民の公共の場として供されていたことを知りながら、Xに所有権移転登記が經由されていないことを奇貨としてこれを買い受け、公園を廃止して自己の利益を図ろうとしたものであるから、Bは背信的悪意者ということができ、Xは、登記なくして本件土地の取得をBに対抗し得るが、A B間の売買自体の無効をきたすわけではなく、A B間の不動産売買契約は有効になされたといえる。

次に、Xは登記なくしても所有権取得をYに対抗できるのかについて検討する。

背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法177条の「第三者」から排除される理由は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯な

どに照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。

これを本件について見ると、Yは背信的悪意者であるBから本件土地を取得した者であるというのであるから、Yは背信的悪意者からの転得者であり、したがって、Bが背信的悪意者であるにせよ、本件において、Y自身が背信的悪意者に当たるか否かを判断することなしには、本件土地の所有権取得をもってXに対抗しえないものとすることはできないというべきである。

次に、Yの行為態様が、客観的に正当な取引行為としての保護に値するか否か、すなわち、背信的悪意者でないと判断できるかについて検討する。

先にも述べたが、X Y間での保護や主張は、Yが背信的悪意者であるかが判断の基準として非常に重要である。それについてはすでにいくつもの判例や学説が存在している。我々が主張する背信的悪意者排除説もその一つである。

背信的悪意者排除説は、民法177条の「第三者」について、従来の通説的見解である善意悪意不問説を修正する理論として登場し、一般的には悪意者は第三者から排除されないが、背信的といえる悪意者は例外的に第三者から排除するという理論であり、今や通説および確立した判例理論となっている。

この背信的悪意者排除説は、理論的基礎として、権利濫用、信義則違反、公序良俗違反などを含むものであるが、あくまで登記の対抗力の問題として紛争を解決しようとする理論である。すなわち、甲から乙への第一の売買の後、その登記未了の間に、甲から丙への第二の売買がされ、丙が背信的悪意者だとしても、第二の売買自体が無効というわけではなく、丙が乙との関係で、乙の登記欠缺を主

張できないとするにとどまる。したがって、甲から丙への売買が無効でない以上、丙からの転得者が保護されるか否かが問題となり得るのである。学説には、丙が背信的悪意者であって乙に対抗できない以上、丙からの転得者はその権利を取得する法理上の論拠はないとする少数説もないではないが、その理論構成や論拠は異なるものの、善意の転得者を保護しようとするのがほぼ一致した結論といってよい。この転得者を保護しようとする学説はいくつかあるが、通説によれば、背信的悪意者丙も完全な無権利者ではなく、その物件取得も一応有効であるが、ただ乙に対する関係では違反が信義則であるため、登記の欠缺を主張することが許されないというだけのいわば相対的無効であるにすぎないから、丙からの転得者丁は、丙から物件を取得することができ、丁自身が乙に対する関係で背信的悪意者と評価されない限り、乙の登記欠缺を主張することができる。

これを本文について見ると、Yは本件土地についての事情を全く知らないとされていることから、Yは背信的悪意者とはなりえず、善意の第三者と判断することができ、また、Xの登記欠缺を主張することができる。

よって、Yの権利が保護されるため、XのYに対する請求が認められないとすべきである。

第4論者 SQUARE

XのYに対する所有権に基づく真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転手続および本件土地上に設置されたバリケードの撤去の請求は認められない。

以下、結論に至った過程を述べる。

本件事案は、XがAから買い受け、未登記のまま公園として使用していた土地を、Bがその事実を知りながらもAから買い受けて登記を移転し、これらの事情を全く知らないY

に売却したというもので二重譲渡およびその転得者の問題である。本件事案を考察するにあたり民法177条の「第三者」の範囲と、その転得者の問題についての検討が必要となる。

はじめに、民法177条の「第三者」の範囲について検討する。

民法176条より、本来当事者間で意思の合致があった時点で物権が移転するので、乙は、甲に対しては自らの権利を主張することができる。だが、民法177条によると、乙が対抗要件である登記を備えていない限り、「第三者」には権利を主張し得ない。ここでいう「第三者」の範囲については、善意・悪意不問説、背信的悪意者排除説、悪意者排除説の3つの説がある。善意・悪意不問説とは、その者の善意・悪意を問わず画一的に、登記により優劣を決するもので、背信的悪意者排除説は、悪質な第三者をも保護してしまうという善意・悪意不問説の欠点を補い、「信義則」に反する悪意者、すなわち背信性のある悪意者のみを「第三者」の範囲から排除するものである。また、悪意者排除説は悪意者を「第三者」の範囲から排除するというものである。判例や多くの学説は背信的悪意者排除説の立場をとっている。

次に、転得者の問題については、本件と類似した最高裁平成8年10月29日判決を例に検討していく。この判決で最高裁は背信的悪意者排除説を採用し、背信的悪意者丙からの転得者丁については、乙との関係で丁自身の背信性を相対的に判断すべきとした。学説の多くも、相対的構成こそ採らなくとも善意の転得者丁を保護するために様々な論理構成を展開した。しかし、判例や背信的悪意者排除説に立つ学説の主張にはいくつかの疑問を感じる。それは、①背信性という概念が不明確であること、②それにより、転得者丁が善意者または単純悪意者である場合にも背信性があると解される恐れがあること、③二重譲渡成

立の法的根拠に基づく理論的な説明が必ずしも成功していないことである。

また、背信的悪意者からの転得者の地位を考えたときに、第二譲受人丙が信義則違反であるなら善意の転得者丁も乙の登記欠缺を主張できないと解すべきであるが、それでは法律関係をいたずらに乱しかねない。そこで背信的悪意者排除説論者は転得者丁を保護するために様々な主張を展開しているのだが、それぞれに不明確な点や疑問点が見られる。つまり背信的悪意者排除説に立つと転得者の保護にはかなり技巧を凝らさねばならないということになる。それは、背信的悪意者排除説自体に問題があるからなのではないだろうか。

それゆえ、私たちは悪意者排除説を採用し、登記に一種の公信力を認めるという立場で本件事案について考察する。

本件土地はもともと農地で、Aが所有していた。その土地をXが買い受けたが、登記手続において手違いが生じ、移転登記が未了のままであった。結果、無権利者であるはずのAが、登記簿上では所有者として公示されたままになっていた。Bはこれらの事情を知りながらも、Aから本件土地を二重に譲受け、さらに所有権移転登記まで済ませた。そもそもAは無権利者であって、本件土地を重ねてBに譲渡できないにも関わらず、これを認めるのは、Aに登記があることにより、Aが所有権者と信じた者、つまり登記を信頼した者を保護するという趣旨があるからで、そこから保護されるべき者は善意者に限られるという結論を導き出すことができる。本件事案ではBは悪意者であるから、登記の公信力によって保護されない。したがって、XとBは対抗関係にないので、Xは、Bに対して登記なくしても自己の権利を主張することができる。しかし、第二譲受人Bからの転得者Yについては、登記簿上は依然としてBが所有者として公示されていることから、Bが所有

権者であると信じて取引をしている。真の権利者は第一譲受人Xであるが、その真実を知らずに、登記簿上の権利外観を信頼したYには、その信頼通りの効力、すなわち所有権の取得を認めるべきである。

本来、無から有は生じ得ないのだが、例外としてYの所有権を認めることで、取引の安全を確保することができる。なぜなら、登記に一種の公信力を認めることで、新たな利益を取得しようとする者は、たとえその外観が実質的権利を伴わなくとも、権利の外観を信頼することで利益取得行為を完全なものとして保護するところができるからである。

ここでは、真実の権利関係とは異なる登記を信じた場合の信頼を保護する公信の原則として民法177条を理解する。本来登記に公信力は認められてないが、ここでいう公信力とは、本来の公信力を認めるものではなく、登記されたところに変更はないという消極的な信頼を保護し、民法177条の結論の説明に必要な限りで登記の公信力を認めるにすぎないものである。

先にも挙げたように、Yが保護されるには善意でなければならない。本件事案ではYは善意であると解されるので、当然に保護される。したがって、XはYに自己の権利を主張することができない。

以上により、冒頭の結論にいたった。

第5論者 白法会

XはYに対して、所有権移転登記手続および本件土地上に設置されたバリケードの撤去を請求することができる。

まず、AX間の売買契約が成立しているかについて考察する。民法第176条によると物権の変動は当事者の意思表示のみで成立するから、AX間の本件土地についての売買契約は成立しているものとする。登記の具備は当事者間において問題とならない。しかし、

本問においてAはBに対しても本件土地を売買している。したがって、不動産の二重譲渡が問題となる。同一の物の所有権を譲渡する旨の2つの契約自体は有効であるが所有権を取得したと主張するためには対抗要件を備えることが必要である。ここで不動産に関する物権の変動の対抗要件を定めた民法177条の意味が問題となる。177条では不動産に関する物権変動は有効な登記なしには第三者に対抗することができない。すなわち、登記がなければ第三者に対して物権変動が生じたことを主張できないと定めている。

次に、民法177条の文言上の第三者の意義が問題となる。ここでいう第三者とは条文上善意であるならばもちろん、悪意であっても登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者であるとする。また、全くの無権利者に権利を主張するために登記は必要とされない。つまり、無権利者は第三者ではない。悪意の第三者が第一の譲受けの事実を知っていることにつき信義に反しているのであれば背信的悪意者として第三者から排除される。したがって登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者に該当しない。またここでいう背信的悪意者とは、①第一の譲受行為の登記の欠缺を主張することが自己の行為と矛盾し、信義則に反する者、②第二の譲受行為について、第二の譲受人に反倫理的な意図ないし動機があり、信義則に反する者、③第二の譲受人が譲渡に準ずる地位にある者である。

次に本問において、Bが背信的悪意者と認められるかを検討する。

本問においてBは本件土地が公園であると現地を確認しており、登記上Aの土地であったが、その公園は市町村等が運営していると知っていたと考える。その上でAに対し、しつこく交渉し、本件土地の売買契約において「万一本件土地についての所有権をBが取得できない場合にも、BはAに対して代金の返還請求をしない」という念書を交わしてい

る。このような念書を交わしていることは、Bが本件土地の所有権獲得に対して確信を得たうえでの行動であるといえる。またBの書いたような自己が不利になる念書を交付することは、契約の結果が予見できなければ通常は考えられないものである。以上のことからBは結果的にXを害することが分かった上で契約関係に入ったと考えられる。よってBは本件土地の売買契約についての結果を予見していることにより、Xの本件土地所有権を害する意図があるといえ、背信的悪意者であるといえる。

次に、背信的悪意者Bからの転得者であるYについて検討する。

Y B間の契約において、BはYに対し本件土地の売買契約を持ちかけ、Yはそれに応じ代金として5000万円を支払っている。このことから外形的には契約は一応有効に成立しているものと考えられる。ここでのYはA X間とA B間の二重譲渡について善意であるといえ、すなわち善意者であるYは権利外観法理によって保護されることが考えられる。

権利外観法理とは、「真の権利者に、自分以外の者が権利者であるかのような外観が存在することについて帰責性があるときは、その外観を正当に信頼した第三者は保護されるべきである」とする考え方のことである。たとえば民法94条2項が権利外観法理の現れだとすると、第三者が保護されるのは、単に虚偽表示であることを知らなかったというより、権利の外観を信頼したからであり、その信頼が保護に値するからであると考えられる。そうであるとしても、たとえ虚偽表示であることを知らなかったとしても、信頼すべき外観がなければ保護に値しないといえる。つまり、たとえ現実に信頼していてもそれが不注意に由来するもので、実際には信頼に値する外観等がなかったという場合には保護の必要はないと考える。よって保護される第三者となるためには、善意かつ無過失でなければな

らない。

次にYの帰責事由について検討する。

「これらの事情をまったく知らない」Yは、A・X・B間での二重譲渡については善意であるといえる。Yは本件土地売買において現地確認を怠っていると考えられる。さらに、Yは本件土地の状況を契約時においてBに確認していなかったと考えられる。なぜならば前述したように、通常公園であるのなら市町村の保有する土地であると推測でき、これらの事実を知っていれば不動産業者であるYが本件土地を有効に取得できると考えることは困難であり、このような不確実な土地の取引は企業にとってあまりにもリスクが大きい。以上から、Yは本件土地が公園であったことは知らなかったと考えられ、不動産業者である以上当然に本件土地の確認を行うべきであり、それを怠ったことは、明らかに善管注意義務に違反していると考えられ、Yは善意・重過失であると考えられる。これらの理由からYに権利外観法理は適用されない。したがって、対抗要件を備えたとしても、所有権を主張できないと考える。

以上のことから本問事案について検討すると、Bは上述したAとの土地売買契約時に交わした念書のことからわかるように背信的悪意者であるため、無権利者であり177条の第三者とはいえない。Yに関しても、善意であったとはいえ不動産業者でありながら土地の確認を怠るという重過失があるため権利外観的法理は適用されず、保護されない。このことから無権利者であるBから土地を転得したYもB同様に無権利者といえることができる。したがって、両者とも対抗要件を備えたとしても所有権をXに対して主張できず、Xの所有権移転登記および本件土地上に設置されたバリケードの撤去請求は認められる。